

### 3 | De ontwikkeling van het privaatrecht in een meerlagige rechtsorde: inzichten van *multilevel governance*

E.A.G. van Schagen <sup>■</sup>

#### 1 INLEIDING

Het thema van dit *BWKJ*, 'rechtsvinding in de meerlagige rechtsorde', wijst op de mogelijke overeenkomsten en verschillen tussen rechtsvinding in de meerlagige rechtsorde en rechtsvinding in de 'normale' rechtsorde. Dit thema kan ook aanleiding zijn om te kijken naar andere disciplines die meer inzicht kunnen bieden in mogelijke overeenkomsten en verschillen. Met name de analyse van '*multilevel governance*' uit de politicologie biedt interessante inzichten in de kenmerken van de Europese rechtsorde die de ontwikkeling van het privaatrecht in de meerlagige orde gecompliceerder kunnen maken dan de ontwikkeling van het privaatrecht in een 'traditionele' rechtsstaat.<sup>1</sup> Deze bijdrage zal de nadruk leggen op de verschillen tussen de ontwikkeling van het privaatrecht<sup>2</sup> in een 'traditionele' rechtsorde en de ontwikkeling van het privaatrecht in de meerlagige rechtsorde. Daartoe zal de bijdrage eerst ingaan op de kenmerken van de traditionele rechtsstaat (par. 2). Vervolgens zal deze bijdrage een uitstapje maken naar de politicologie en aan de hand van de analyse van *multilevel governance* trachten te verduidelijken in welke belangrijkste opzichten de Europese meerlagige rechtsorde verschilt van de nationale rechtsorde (par. 3). Daarna zal de bijdrage uiteenzetten welke gevolgen dit heeft voor de ontwikkeling van het privaatrecht (par. 4) en afsluiten met een conclusie (par. 5).

---

■ E.A.G. van Schagen is promovenda bij het departement privaatrecht, Tilburg University. Dank aan Dr. Vanessa Mak voor haar nuttige opmerkingen. Fouten blijven voor mijn eigen rekening.

1 Het is niet onomstreden of het beeld van de nationale rechtsstaat, dat hierna geschetst wordt, wel zo accuraat is: vgl. W.J. Zwalve, 'Regelgeving in het vermogensrecht', *RM Themis* 2009, p. 20, p. 22-23. Ook in Duitsland wordt dit bestreden, zie P. Oestmann, 'Rechtsvielfalt', in: N. Jansen, P. Oestmann (red.), *Gewohnheit, Gebot, Gesetz*, Mohr Siebeck: Tübingen 2011, p. 99 ev.

2 Deze bijdrage zal gaan over de ontwikkeling van het privaatrecht, hetgeen iets ruimer kan zijn dan *rechtsvinding*.

## 2 DE ONTWIKKELING VAN HET PRIVAATRECHT IN EEN TRADITIONELE RECHTSSTAAT

In de traditionele rechtsstaat is er een democratisch verkozen wetgever die bevoegd is om wetgeving op het gebied van privaatrecht te ontwikkelen, in de vorm van wetten en soms in de vorm van een codificatie. Wetgeving wordt in de regel vooraf gegaan door uitgebreide discussie tussen academici en de praktijk, zoals in het bijzonder het geval was bij de ontwikkeling van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.<sup>3</sup> Habermas<sup>4</sup> heeft deze discussie gekenmerkt als ‘*deliberation*’, d.w.z. een debat op rationele gronden tussen actoren die de waarde van elkaars argumenten juist in kunnen schatten. De rechterlijke macht interpreteert deze wetgeving vervolgens in individuele gevallen. In de traditionele rechtsstaat vormt de verzameling van deze individuele uitspraken, de jurisprudentie, een bron van kennis. De wet en de jurisprudentie vormen het uitgangspunt voor academisch debat, in de vorm van boeken, artikelen en annotaties, die op hun beurt weer als bron van informatie kunnen dienen voor wetswijzigingen of rechterlijke uitspraken.

Deze wijze van ontwikkeling van privaatrecht vooronderstelt een aantal kenmerken van organisatorische aard. Ten eerste is de rechterlijke macht, in de traditionele rechtsstaat, hiërarchisch georganiseerd, met een hoogste rechter (zoals de Hoge Raad) die de rechtseenheid bewaakt. Rechters zijn niet noodzakelijkerwijs aan de uitspraken van andere rechters gebonden, maar afwijken van de uitspraken van de Hoge Raad maakt uitspraken van lagere rechters kwetsbaar in hoger beroep en cassatie.<sup>5</sup> Deze rechterlijke uitspraken zijn openbaar toegankelijk, vaak ook online.<sup>6</sup> Ten tweede zijn er, door de wetgever, rechter en academici, of in een samenspel van deze actoren, methodes van interpretatie ontwikkeld die bijdragen aan de consistente interpretatie van het recht.<sup>7</sup> Ten derde zijn academici, rechters, advocaten en studenten lid van organisaties voor juristen.<sup>8</sup> Deze organisaties kunnen fungeren als netwerken

---

3 Zie verder E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht, 1994.

4 Zie J. Habermas, *Between facts and norms: Contributions towards a discourse theory of law and democracy*, MIT Press : Cambridge, MA 1996.

5 Zie reeds J. Drion, *Stare decisis: het gezag van precedenten* (oratie Leiden), ‘s-Gravenhage: Nijhoff 1950.

6 De meeste Nederlandse jurisprudentie vanaf 1995 is gratis beschikbaar op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). In Engeland is bijvoorbeeld de jurisprudentie van het UK Supreme Court toegankelijk via <http://www.bailii.org/>. Zie voor recente uitspraken van het Bundesgerichtshof [http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html).

7 In Nederland heeft de wetgever er uitdrukkelijk van afgezien om interpretatiemethodes wettelijk vast te leggen, maar in andere lidstaten is dat niet altijd het geval: vergelijk bijvoorbeeld voor Duits recht artikel 157 BGB.

8 In Nederland is dit bijvoorbeeld de NJV. Belangrijke organisaties in respectievelijk Engeland en Duitsland zijn the English Law Society (for praktijkjuristen, zie <http://www.lawsociety.org.uk/aboutlawsociety.law>) en de Society for Legal Scholars (zie <http://www.legalscholars.org.uk>).

waarin discussies over uiteenlopende juridische onderwerpen plaats kunnen vinden. Netwerken kunnen ook een belangrijke rol spelen in de opleiding van juristen en ze maken juristen bekend(er) met nieuwe initiatieven, interessante tijdschriften en andere interessante bronnen van informatie. De wetgever kan gebruik maken van de expertise en ervaringen verzameld binnen deze netwerken door leden of netwerken te betrekken bij consultaties. Als dit gedurende langere tijd gebeurt, kan dit ertoe bijdragen dat leden van deze organisaties aanzienlijke ervaring met, inzicht in en invloed op het rechtsvormende proces vergaren. Ook zou de discussie voorafgaand aan, bijvoorbeeld, wetswijzigingen, moeten voorkomen dat de wetgever of de rechter de voorkeuren en behoeften van de praktijk over het hoofd ziet, of de in Nederland levende rechtsopvattingen. De ontwikkeling van het privaatrecht binnen codificaties zou tevens de consistentie van het recht ten goede moeten komen. Ten vierde bieden de wet en de jurisprudentie ook een kader voor de ontwikkeling van alternatieve regelgeving.<sup>9</sup> Dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat de ontwikkeling van alternatieve regelgeving in de traditionele rechtsstaat wordt beperkt; in Nederland is alternatieve regelgeving redelijk goed ontwikkeld, maar dat kan per rechtsorde verschillen.

Aldus wordt het burgerlijk recht in een traditionele rechtsstaat ontwikkeld binnen een wettelijk kader dat in de jurisprudentie verder wordt ingevuld, als resultaat van een samenspel van verschillende actoren in die traditionele rechtsstaat. Dit kader en het samenspel van actoren komt de kwaliteit van het privaatrecht ten goede in termen van voorspelbaarheid, consistentie en toegankelijkheid: de bronnen op grond waarvan het recht wordt ontwikkeld zijn overzichtelijk en toegankelijk.<sup>10</sup> Zo zou de hiërarchische organisatie van de rechterlijke macht bovendien moeten voorkomen dat er tegenstrijdigheden ontstaan in de lagere rechtspraak. Als wetgeving veel open normen bevat, is het wel noodzakelijk dat de rechterlijke macht zich actief opstelt bij de interpretatie en verdere ontwikkeling van deze open normen om een voorspelbare en consistente interpretatie van het recht veilig te stellen. Het bestaan van netwerken draagt ook bij aan het voorkomen van rechterlijke beslissingen die met elkaar in tegenspraak zijn of die relevante ontwikkelingen over het

---

ac.uk/) en de *Deutscher Juristentag* (dat al aandacht besteedt aan Europese ontwikkelingen op de 'Europäische Juristentagen'), zie <http://www.djt.de>.

9 Zie voor een definitie van alternatieve regelgeving I. Giesen, *Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen*, in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-I), Kluwer: Deventer 2007, p. 73: 'alle regelgeving (algemeen en herhaaldelijk toepasbare (gedrags)normen) die niet als 'gewone' regelgeving is te kwalificeren, dus: alternatieve regulering, zelfregulering en non-regulering. 'Gewone' regelgeving is dan regelgeving die afkomstig van de formele of materiële (lagere) wetgever, inclusief ministeriële regelingen en andere regels die via delegatie tot stand komen.'

10 In deze bijdrage wordt ervan uitgegaan dat het recht redelijk toegankelijk is voor de jurist, maar in mindere mate voor de leek zonder juridische voorkennis. Pleidooien voor een recht dat ook begrijpelijk is voor leken zult u noch in deze bijdrage, noch in mijn nog te verschijnen proefschrift terugvinden.

hoofd zien. De contacten die worden gelegd in organisaties en tussen organisaties kunnen bovendien ten goede komen aan onderhandelingen tussen verschillende belangengroepen, zeker in het Nederlandse poldermodel.

### 3 DE KENMERKEN VAN DE MEERLAGIGE RECHTSORDE

In de politicologie is een algemeen aanvaarde analyse ontwikkeld voor de Europese meerlagige rechtsorde. Deze analyse, *multilevel governance*, is ontwikkeld in het kader van politicologisch debat over de vraag of de Europese Unie moest worden gezien als een internationale organisatie of een superstaat. *Multilevel governance* is de analyse van de Europese meerlagige rechtsorde als tussenvorm *sui generis* tussen een superstaat en internationale orde. Deze analyse is ontwikkeld door Marks<sup>11</sup> en luidt als volgt:

‘a system of continuous negotiation among nested governments at several territorial tiers – supranational, national, regional, and local – as the result of a broad process of institutional creation and decisional reallocation that has pulled some previously centralized functions of the state up to the supranational level’

Voorts hebben Hooghe en Marks<sup>12</sup> betoogd dat niet-statelijke actoren ook een belangrijke rol vervullen in de Europese rechtsorde. Anders gezegd houdt de analyse van *multilevel governance* in dat er in de Europese rechtsorde verschillende actoren (wetgevers, rechters, maar ook niet-statelijke actoren) zijn waartussen voortdurende communicatie over en weer bestaat. Deze interactie tussen actoren wordt belangrijker naarmate wetgevende en andere bevoegdheden, vooral op nationale niveaus, naar andere niveaus worden verplaatst, vooral naar het Europese niveau. De analyse van *multilevel governance* is naderhand ook toegepast op het Europese privaatrecht, door de Study Group for Social Justice in European private law.<sup>13</sup>

‘Law production in the European Union’s multi-level system results from the continuous interaction between semi-autonomous actors comprising legislators, the judiciary, and non-governmental organisations, at different levels – European, national, and regional. Law making can neither be monopolised nor achieved in isolation by just one branch of government or a single institution.’

11 G. Marks, ‘Structural policy and multilevel governance in the EC’, in: A. Cafruny, G. Rosenthal (eds.), *The state of the European Community Vol. 2: The Maastricht debates and beyond*, Rienner: Boulder 1993, p. 392

12 L. Hooghe, G. Marks, ‘Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance’, *American Political Science Review* 2003, p. 233.

13 Study Group on Social Justice in European Private Law, ‘Social justice in European contract law: A manifesto’, *ELJ* 2004, p. 670. Zie verder over Europees privaatrecht en multilevel governance E.A.G. van Schagen, ‘The Draft Common Frame of Reference and multilevel governance’, *Edinburgh Student Law Review* 2010, p. 74.

Uit deze analyse volgt dat de meerlagige rechtsorde in een aantal opzichten verschilt van de nationale rechtsorde. Ten eerste zijn meer statelijke actoren op verschillende niveaus ('levels'), maar met name actoren op het Europese en nationale niveau, betrokken bij de ontwikkeling van het privaatrecht (par. 3.1). Ten tweede kunnen niet-statale actoren ('non-governmental actors') een belangrijke rol spelen (par. 3.2).

Zowel statelijke actoren van verschillende niveaus en niet-statale actoren worden in toenemende mate onderling afhankelijk. Ondanks deze onderlinge afhankelijkheid zijn factoren die op nationaal niveau wel aanwezig zijn, en die noodzakelijk zijn voor een goede samenwerking, op Europees niveau in veel mindere mate aanwezig. Zo zijn toegankelijke databases over het *acquis* (met name de nationale rechterlijke uitspraken over het *acquis*), academisch commentaar (in de zin van een Europese Asser-serie),<sup>14</sup> Europese juridische netwerken, en een Europese juridische opleiding in veel mindere mate ontwikkeld dan op nationaal niveau.

De toenemende rol van private actoren en de toegenomen afhankelijkheid kunnen de wijze waarop het privaatrecht wordt ontwikkeld beïnvloeden (par. 4).

### 3.1 Het bestaan van meerdere statelijke actoren

Een belangrijk verschil tussen de traditionele en de meerlagige rechtsorde is het bestaan van meerdere statelijke actoren, in het bijzonder nationale en Europese statelijke actoren, die betrokken zijn bij de ontwikkeling van het privaatrecht. De nationale rechtsorde verschilt dan ook in een aantal opzichten van de Europese meerlagige rechtsorde.

Ten eerste spelen in de Europese meerlagige rechtsorde, naast de nationale wetgever en rechter, ook de Europese wetgever en het HvJEU (hierna: het Hof) een rol bij de verdere ontwikkeling van het privaatrecht. De regelgevende bevoegdheden van de Europese en nationale wetgever zijn niet duidelijk omljnd en onderhevig aan verandering. De Europese wetgever heeft het privaatrecht gedeeltelijk geharmoniseerd, getuige het privaatrechtelijk *acquis*, dat grotendeels bestaat uit richtlijnen. Deze gedeeltelijke harmonisatie betekent niet dat deze harmonisatie leidt tot een duidelijk zichtbaar geheel van geharmoniseerd privaatrecht waar (rechts)personen een beroep op kunnen doen. Lidstaten hebben de implementatie van deze richtlijnen op verschillende wijzen vormgegeven.<sup>15</sup> De wijze van implementatie is onder meer afhankelijk van de wijze waarop het nationale privaatrecht zich heeft ontwikkeld – in codificaties, door jurisprudentie, of door aparte wetten. Private partijen kunnen zich niet direct beroepen op Europese richtlijnen – zij moeten een beroep doen op

---

<sup>14</sup> Vgl. E.H. Hondius, 'Towards a European Palandt', *ERPL* 2011, p. 483.

<sup>15</sup> Zie voor een vergelijking van 8 richtlijnen <http://www.eu-consumer-law.org/>.

ationale regelgeving. Nationale implementatiewetgeving is echter niet altijd (eenvoudig) toegankelijk voor buitenlandse bedrijven of consumenten die bijvoorbeeld de desbetreffende talen niet machtig zijn, of die niet goed bekend zijn met een buitenlands rechtssysteem.

Ten tweede verschilt het totstandkomingsproces van het *acquis* van de totstandkoming van nationale wetgeving. Het ontstaan van nieuwe Europese richtlijnen behoort te worden voorafgegaan door democratisch debat – maar het debat vertoont tekortkomingen en is onderhevig aan terechte kritiek.<sup>16</sup> Zowel Europese regelgeving als nationale implementatiewetgeving wordt voorafgegaan door consultaties. Deelname aan deze consultatierondes door juristen uit de nationale praktijk en academische wereld is echter verhoudingsgewijs gering, zeker als deze deelname wordt vergeleken met het debat voorafgaand aan de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.<sup>17</sup>

Ten derde is de rechterlijke macht in de Europese rechtsorde slechts gedeeltelijk hiërarchisch georganiseerd. Het Hof is bevoegd het Europese recht te interpreteren en op de naleving hiervan toe te zien, en deze uitspraken zijn bindend voor nationale rechters.<sup>18</sup> Lagere nationale rechters zijn niet verplicht om zaken te verwijzen naar het Hof. Hoewel de hoogste rechters daartoe in principe wel verplicht toe zijn, is enige terughoudendheid op dit gebied te bespeuren.<sup>19</sup> De rechters in verschillende lidstaten hebben er bovendien geen gewoonte van gemaakt om naar elkaars uitspraken te verwijzen, ook niet als het gaat om de interpretatie van het *acquis*.<sup>20</sup> Dit leidt er echter wel toe dat, in zeldzame gevallen, lagere rechters prejudiciële vragen aan het Hof kunnen stellen die eerder al zijn beslist door de Hoge Raad.<sup>21</sup> Daarbij komt dat het

16 Zie bijvoorbeeld W. Doralt, 'Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts', *RabelsZ* 2011, p. 260, of G. Howells, 'European contract law reform and European consumer law – Two related but distinct regimes', *ERCL* 2011, p. 175.

17 Zie bijvoorbeeld deelname aan consultatie n.a.v. het *Groenboek herziening van het consumenten-acquis*, COM (2006) 744 def, zie [http://ec.europa.eu/consumers/rights/responses\\_green\\_paper\\_acquis\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/responses_green_paper_acquis_en.htm).

18 Sommige rechters zijn het daar niet mee eens: Ktr. 's-Hertogenbosch 19 januari 2012, *Prg.* 2012, 240.

19 Zie instemmend M.V. Polak, 'Spreken is zilver, verwijzen is goud?', in: Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKJ 25, Deventer: Kluwer 2009, p. 89. Zie kritischer voor het Duitse recht J. Basedow, 'Der Europäische Gerichtshof und die verweigerde Dialog', in: G. Müller et al (eds.), *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, Beck: München 2008, p. 58.

20 Zie eerder J.M. Smits, E.A.G. van Schagen, 'De Hoge Raad als Europese rechter: Mag het ietsje meer zijn?', in: Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKJ 25, Deventer: Kluwer 2009, p. 79.

21 Vgl. Hof Amsterdam 8 maart 2011, *NJF* 2011, 242, waarin het hof prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJEU, in plaats van HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, te volgen, waarin de Hoge Raad overwoog dat de mogelijke matiging van de boete volgens artikel 6:94 BW een rol kan spelen bij de beantwoording van de vraag of een beding oneerlijk is in de zin van artikel 6:233 sub a BW. De Hoge Raad oordeelde ook dat het hof niet gehouden was tot een ambtshalve toetsing van het beding. Het Hof Amsterdam heeft vragen hierover voorgelegd aan het Hof.

Hof het privaatrechtelijk *acquis* interpreteert, dat zich op gefragmenteerde wijze heeft ontwikkeld. Het Hof heeft dus geen jurisprudentie ontwikkeld die vergelijkbaar is met de jurisprudentie ontwikkeld door nationale rechters, waarbij begrippen en regels consistent en coherent worden geïnterpreteerd en verder ontwikkeld. Dit blijkt vooral uit de interpretatie van open normen door het Hof.<sup>22</sup> Het Hof is niet bevoegd om nationaal recht te interpreteren en de grootste hoeveelheid privaatrechtelijke jurisprudentie is daarom nog steeds van nationale rechters afkomstig. De bevoegdheden van het Hof en van nationale rechters zijn echter niet altijd even duidelijk van elkaar gescheiden – zo verschilt men van mening over de vraag welke rechter bevoegd is om open normen in het privaatrechtelijk *acquis* te interpreteren.<sup>23</sup>

Ten vierde zijn de uitspraken van het Hof publiekelijk toegankelijk, maar de nationale uitspraken over het *acquis* uit de verschillende lidstaten zijn in de regel niet te raadplegen in een algemene database. Deze databases zijn momenteel echter wel in ontwikkeling.

Ten vijfde zijn Europese netwerken slechts in beperkte mate ontwikkeld.<sup>24</sup> Dit betekent dat de Europese wetgever bij voorstellen voor harmonisatie afhankelijk is van actoren die al bekend zijn met het Europese wetgevingsproces, zogenaamde ‘repeat players’, van netwerken die door de Commissie zijn opgericht en georganiseerd, en van nationale netwerken, die echter niet altijd even actief hebben deelgenomen aan het debat op Europees niveau.

Ten zesde biedt noch het *acquis*, noch het Europese recht, een duidelijk kader voor de ontwikkeling van alternatieve regelgeving, hetgeen de ontwikkeling van alternatieve regelgeving echter niet in de weg heeft gestaan.

Tenslotte brengen deze verschillen tussen de nationale en de Europese rechtsorde met zich mee dat de jurisprudentie van het Hof en van buitenlandse rechters niet als coherent geheel met de nationale rechtspraak als het uitgangspunt geldt voor het onderwijs en het debat tussen Europese praktijkjuristen, academici, en studenten,<sup>25</sup> hoewel er soms wel voor wordt gekozen om te wijzen op relevante uitspraken en ontwikkelingen. In sommige vakgebieden, zoals het internationaal privaatrecht, ontkomt men niet aan het verwijzen naar uitspraken van het Hof en het *acquis*, en in andere vakgebieden, zoals het goederenrecht, gebeurt het slechts bij uitzondering, namelijk voorzover de Europese wetgever richtlijnen heeft ontwikkeld op dit gebied (voornamelijk de financiëlezekerheidsovereenkomst).

---

22 Zie verder C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

23 Zie in het bijzonder M. Schillig, *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*, Berlin: De Gruyter 2009.

24 Bijv. SECOLA (zie <http://www.secola.org/>) en recent het European Law Institute (zie <http://www.europeanlawinstitute.eu/>).

25 In deze zin T.F.E. Tjong Tjin Tai, K. Teuben, ‘European precedent law’, *ERPL* 2008, p. 827.

### 3.2 De rol van niet-statelijke actoren

In de meerlagige rechtsorde wordt de rol van niet-statelijke actoren steeds belangrijker, zoals blijkt uit de analyse van *multilevel governance*. Nu spelen deze actoren in bijvoorbeeld de Nederlandse rechtsorde al een belangrijke rol. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit het pleidooi van Akkermans<sup>26</sup> voor een nieuw 'paradigma', waarin het huidige schema wetgever-rechter wordt vervangen door 'de grote juridische smeltkroes'. Naarmate statelijke actoren (de wetgever en rechter) minder expertise hebben, zullen zij meer geneigd zijn een beroep te doen op de expertise en de ervaring van private actoren. De belangrijke rol van niet-statelijke actoren blijkt ook uit de aanzienlijke hoeveelheid alternatieve regelgeving. Naarmate alternatieve regulering toeneemt, wordt ook de rol van niet-statelijke actoren belangrijker: zij zijn niet meer alleen deelnemers in het proces van rechtsvorming. Private actoren kunnen dan in bepaalde gevallen ook regelgever worden, binnen het kader gesteld door de wetgever of de rechter, en in sommige gevallen *buiten* het kader van de (nationale) wetgever. Dit is bijvoorbeeld het geval bij Europese alternatieve regelgeving zoals de Europese sociale dialoog in de zin van artikel 155 VWEU of bij zelfregulering op een internationaal niveau, bijvoorbeeld de modelcontracten van de Internationale Handelskamer gebaseerd op het Weens Koopverdrag. Deze rol van private actoren kan ook tegen de achtergrond van toenemende Europeanisering worden gezien, en wordt daardoor in de hand gewerkt. Naarmate nationale en Europese wetgevers met meer grensoverschrijdende, complexe zaken te maken krijgen, zal de noodzaak om gebruik te maken van de expertise en ervaring van niet-statelijke actoren groter worden. Tevens zijn private actoren minder gebonden aan (niet-dwingendrechtelijke) wettelijke regels en jurisprudentie als ze bijvoorbeeld rechtskeuzes of forumkeuzes kunnen maken.<sup>27</sup> Private actoren zoals multinationals kunnen daarnaast een beter inzicht hebben in grensoverschrijdende praktijk dan de nationale en de Europese wetgever. Voorts beoogt de Europese wetgever om het (privaat)recht te ontwikkelen in het kader van de interne markt (in de zin van artikel 114 VWEU). Dit vooronderstelt dat de Europese wetgever voldoende op de hoogte is van de praktijk. Als de Europese wetgever meent dat verschillen tussen rechtssystemen een belemmering kunnen zijn voor de transnationale handel, kan dit leiden tot (voorstellen voor) harmonisatie. Voor de noodzakelijke inzichten is de Europese wetgever afhankelijk van de praktijk. Dit komt o.a.

---

26 A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtswetten', *NTBR* 2011, 72. Vgl. voor Duitsland J. Köndgen, 'Privatisierung des Rechts', *AcP* 2006, p. 477.

27 Volgens het concept '*regulatory competition*' zijn de voorkeuren van private actoren een reden voor staten om hun recht zo aantrekkelijk mogelijk te maken voor private actoren, zie bijv. het Duitse initiatief Law – made in Germany (<http://www.lawmadeingermany.de/>). Hier zitten echter wat haken en ogen aan; zie verder E.M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002.



tot uitdrukking in de prominente rol van private organisaties als de International Accounting Standards Board (IASB) in Verordening 1606/2002,<sup>28</sup> en de International Swaps and Derivations Organisation (ISDA) in de ontwikkeling van richtlijn 2002/47 over financiële zekerheidsovereenkomsten.<sup>29</sup>

#### 4 HOE BEÏNVLOEDT DE MEERLAGIGE RECHTSORDE DE ONTWIKKELING VAN HET PRIVAATRECHT?

In de meerlagige rechtsorde zijn er meer statelijke actoren die het privaatrecht ontwikkelen, wat ertoe leidt dat statelijke actoren minder gemakkelijk op zelfstandige wijze de voorspelbaarheid, consistentie en toegankelijkheid van het privaatrecht kunnen waarborgen. (par. 4.1) Daarnaast spelen niet-statale actoren een steeds belangrijker rol, hetgeen de wijze waarop privaatrecht wordt ontwikkeld kan beïnvloeden (par. 4.2).

##### 4.1 Meer statelijke actoren

Het toenemend aantal statelijke actoren brengt met zich mee dat, in overeenstemming met de analyse van *multilevel governance*, statelijke actoren niet alleen in toenemende mate van niet-statale actoren maar ook van elkaar afhankelijk zijn. Zo wordt het minder gemakkelijk voor de nationale wetgever en de nationale rechter om zelfstandig, door middel van bijvoorbeeld codificaties, de consistentie en stabiele ontwikkeling van het privaatrecht te waarborgen, zoals ook blijkt uit het zich gestaag ontwikkelend privaatrechtelijk *acquis*. Zonder een hiërarchisch georganiseerde rechterlijke macht wordt het ook minder gemakkelijk om de consistente interpretatie van het recht te waarborgen, hetgeen problemen kan opleveren naarmate het privaatrechtelijk *acquis* meer open normen bevat. Het *acquis* ontwikkelt zich voorts op fragmentarische wijze, wat de kans op inconsistenties verder vergroot, zeker nu het *acquis* op verschillende wijzen wordt geïmplementeerd en geïnterpreteerd door de lidstaten van de Europese Unie. Tevens bestaat de kans dat, naarmate meer actoren bijdragen aan de ontwikkeling van het privaatrecht, meer bronnen van privaatrecht tegelijkertijd relevant kunnen zijn, waardoor het privaatrecht minder toegankelijk kan worden. Als bronnen, bijvoorbeeld ‘*soft law*’ zoals de PECL, het Gemeenschappelijk Referentiekader, en nieuwe richtlijnen<sup>30</sup> elkaar

28 Deze Verordening is sindsdien gewijzigd door Verordening 1126/2008.

29 Deze richtlijn is inmiddels herzien door richtlijn 2009/44.

30 Zie M.W. Hesselink, ‘The consumer rights Directive and the CFR: Two worlds apart?’, *ERCL* 2009, p. 290.

tegenspreken kan bovendien verwarring ontstaan en twijfel over de toegevoegde waarde van (meerdere initiatieven van) *soft law*.<sup>31</sup>

Het naast elkaar bestaan van actoren kan echter ook voordelen hebben. Zo kunnen wetgevers gebruik maken van inzichten en ervaringen in andere rechtsordes bij het ontwikkelen van wetgeving, zoals is gebeurd bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, waar in ruime mate gebruik is gemaakt van rechtsvergelijking. In de meerlagige rechtsorde kunnen wetgevers vaker geneigd zijn om gebruik te maken van rechtsvergelijkende inzichten, bijvoorbeeld in de implementatie van het *acquis*. Voorts kunnen internationale organisaties nieuwe wetgeving op grensoverschrijdend gebied faciliteren door internationale modelwetten, terwijl Europese en internationale actoren op hun beurt geïnspireerd kunnen raken door succesvolle nationale initiatieven. Daarnaast kan de aanwezigheid van de Europese wetgever, en mogelijke initiatieven voor harmonisatie, nationale wetgevers ertoe aansporen om verouderde of inconsistente wetgeving te herzien.

#### 4.2 De rol van niet-statelijke actoren

De toenemende rol van niet-statelijke actoren brengt met zich mee dat het privaatrecht in toenemende mate op een andere wijze dan door traditionele wetgeving zou kunnen worden ontwikkeld. In plaats van wetgeving kan alternatieve regelgeving een belangrijker rol gaan spelen. Een goed voorbeeld hiervan is de zogenaamde comitologie-procedure onder artikel 290 VWEU, een procedure waarin experts (vaak ambtenaren) in samenwerking met de Europese Commissie technische, niet-essentiële details die voortvloeien uit een richtlijn verder uitwerken.<sup>32</sup> Oorspronkelijk voorzag artikel 40 van het voorstel voor een richtlijn inzake consumentenrechten<sup>33</sup> ook in een comitologie-procedure om de zwarte en grijze lijst van oneerlijke bedingen vast te stellen en zonodig te wijzigen. Een dergelijke – inmiddels terecht verworpen – benadering van de zwarte en grijze lijst zou de Europese wetgever in staat stellen om gebruik te maken van de inzichten van experts; dit zou de kwaliteit van de wetgeving ten goede kunnen komen. De rol van niet-statelijke actoren wordt in Nederlandse rechtsorde in principe niet zonder meer als problematisch gezien. Integendeel, alternatieve regelgeving kan juist worden gezien als een manier om bijvoorbeeld te profiteren van inzichten uit de praktijk, of, wellicht, om tot een meer voorspelbare of consistentere interpretatie van open normen te komen. Niet alleen is de Nederlandse rechtsorde bekend met veel

---

31 Vgl. R. Zimmerman, 'Europäisches Privatrecht – Irrungen, Wirrungen', in: *Begegnungen im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 321.

32 Zie voor de verschillende soorten comités Besluit 1999/468, sindsdien gewijzigd en gedeeltematig herroepen door Besluit 2006/512 en Verordening 182/2011.

33 COM (2008) 614 def.

gevallen van (succesvolle) alternatieve regelgeving,<sup>34</sup> alternatieve regelgeving ontwikkelt zich daarnaast binnen een wettelijk kader; wetgeving kan in principe niet opzij worden gezet omdat zich alternatieve regelgeving heeft ontwikkeld.

De positieve opstelling van de Nederlandse wetgever wordt niet gedeeld in alle lidstaten van de Europese Unie. Met name in Duitsland is men veel kritischer over alternatieve regelgeving.<sup>35</sup> Algemene voorwaarden (ook wel aangeduid als '*selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft*'<sup>36</sup>) worden bij uitstek gezien als een vorm van alternatieve regelgeving waarbij de partij die de voorwaarden opstelt, de kans heeft om bepalingen die voor hem gunstig, maar voor andere partijen juist ongunstig zijn, aan die andere partij op te leggen. Uitgangspunt is daarbij dat private actoren – zoals de opstellers van algemene voorwaarden – niet noodzakelijkerwijs rekening houden met alle relevante belangen – bijvoorbeeld omdat ze niet met alle belangen bekend (kunnen) zijn. Maar ook bij bekende alternatieve regelgeving zoals *Tarifverträge* en *Betriebsverträge* (vergelijkbaar met Nederlandse CAO's en afspraken met ondernemingsraden) heeft men fundamentele kritiek.<sup>37</sup>

Inderdaad kan de ontwikkeling van alternatieve regelgeving problemen met zich meebrengen: zo is het mogelijk dat naarmate meer alternatieve regelgeving wordt ontwikkeld, partijen geconfronteerd worden met meerdere initiatieven en regels, wat de toegankelijkheid van het recht niet ten goede komt, zeker niet als deze regels elkaar overlappen en onderling tegenspreken. Bovendien kan alternatieve regelgeving minder toegankelijk zijn dan wetgeving.<sup>38</sup> Zeker de ontwikkeling van alternatieve regelgeving buiten een

---

34 Een goed voorbeeld van succesvolle Nederlandse alternatieve regelgeving zijn de collectief onderhandelde algemene voorwaarden binnen het kader van de SER. Algemene voorwaarden zijn in dit opzicht het resultaat van een onderhandelingsproces tussen verschillende belangengroepen, hetgeen voor de rechter mee kan wegen in de vraag of deze algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn in de zin van art. 6:233 sub a ev. BW.

35 P. Buck-Heeb, A. Dieckmann, *Selbstregulierung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 218.

36 H. Großmann-Doerth, 'Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht', herdrukt in: U. Blaurock, N. Goldschmidt, A. Hollerbank (eds.), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005. Vgl. in dezelfde zin bijv. E. McKendrick, *The creation of an European law of contracts* (oratie Nijmegen), Kluwer: Deventer 2004.

37 Zie met name E. Picker, 'Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie', *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2002, p. 761.

38 Bijvoorbeeld omdat normen ontwikkeld door private actoren niet noodzakelijkerwijs publiekelijk beschikbaar behoeven te zijn (hierover HR 22 juni 2012, *NJ* 2012, 397) of omdat consumenten niet bekend zijn met (publiekelijk beschikbare) zelfregulering. Zie bijv. Stichting De Ombudsman, *De gedragscode Behandeling Letselschade: Een goed bewaard geheim?*, februari 2011, via [http://www.deombudsman.nl/sites/default/files/docs/publicaties/Stichting\\_De\\_Ombudsman\\_Rapport\\_Verbetering\\_afhandeling\\_letselschade.pdf](http://www.deombudsman.nl/sites/default/files/docs/publicaties/Stichting_De_Ombudsman_Rapport_Verbetering_afhandeling_letselschade.pdf).

nationaalrechtelijk kader, op Europees niveau, kan onvoorspelbaarheid in de hand werken.<sup>39</sup>

5 CONCLUDERENDE OPMERKINGEN: WAT BETEKENEN DEZE VERSCHILLEN VOOR DE ONTWIKKELING VAN HET PRIVAATRECHT?

Deze bijdrage heeft getracht aan de hand van de analyse van *multilevel governance* aan te tonen dat de ontwikkeling van het privaatrecht in een meerlagige rechtsorde in een aantal opzichten verschilt van de ontwikkeling van het privaatrecht in de nationale rechtsstaat. Deze bijdrage heeft in het bijzonder de toename van het aantal statelijke actoren dat bijdraagt aan de ontwikkeling van het privaatrecht en de rol van niet-statale actoren benadrukt.

Deze verschillen betekenen dat statelijke actoren in grotere mate afhankelijk kunnen zijn van zowel niet-statale actoren als andere statelijke actoren. Zo wordt het moeilijker voor nationale wetgevers om zelfstandig de kwaliteit van het privaatrecht te waarborgen. Ondanks de toenemende onderlinge afhankelijkheid zijn mechanismen die samenwerking en coördinatie vergemakkelijken, zoals netwerken en databases, niet of in veel mindere mate ontwikkeld dan op het nationale niveau het geval is, hetgeen de kans dat het privaatrecht zich ontwikkelt op inconsistente, onvoorspelbare of ontoegankelijke wijze vergroot. Bovendien brengt de toenemende rol van private actoren met zich mee dat het privaatrecht in de meerlagige rechtsorde op een andere manier dan 'traditionele' wetgeving zou kunnen ontwikkeld. De grotere behoefte van statelijke actoren om te profiteren van de expertise en ervaring van niet-statale actoren maakt het waarschijnlijker dat de rol van private actoren verder zal toenemen. In de meerlagige rechtsorde bestaat echter geen duidelijk ontwikkeld kader voor de ontwikkeling van alternatieve regulering, hetgeen de ontwikkeling van alternatieve regelgeving minder voorspelbaar zou kunnen maken.

De verschillen tussen de traditionele rechtsstaat en de meerlagige rechtsorde betekenen meer in het algemeen dat de ontwikkeling van het privaatrecht op een voorspelbare, toegankelijke, en consistente manier ingewikkelder wordt. Deze toenemende complexiteit betekent echter *niet* automatisch dat het naast elkaar bestaan van statelijke en niet-statale actoren problematisch is. Hoewel het bestaan van meerdere statelijke en niet-statale actoren die privaatrecht vormen kan leiden tot minder voorspelbaarheid, consistentie en toegankelijkheid van het privaatrecht, kan het ook leiden tot meer voorspelbaarheid, consistentie en toegankelijkheid, afhankelijk van de handelswijze van actoren. Geconcludeerd kan worden dat interactie tussen actoren vereist is als actoren problemen willen vermijden, en willen profiteren van inzichten van andere actoren, in overeenstemming met de analyse van *multilevel governance*.

---

39 Vgl. de kritiek van J.B.S. Hijink, 'Naar een Europees jaarrekeningenrecht', *Ondernemingsrecht* 2012, 28.